

COUTURE, Eduardo J. — *El arte del derecho y otras meditaciones*, F.C.U.,
Montevideo, 1991.

Para destacar la aparición de esta obra del inolvidable maestro, la Revista se honra publicando los discursos pronunciados por la Sra. Inés Couture de Landoni sobre como surgió este libro y por nuestro Decano, Dr. Adolfo Gelsi Bidart sobre las ideas de Couture, es el acto de presentación del libro organizado por la Academia Nacional de Letras.

Las palabras de la Sra. Inés Couture de Landoni fueron las siguientes:

En mis clases de Pedagogía Familiar analizo junto a los alumnos el concepto de nacimiento. En esta labor constatamos que nacer, implica un silencioso proceso de sucesivas instancias de "separación de", hasta que ambos, madre e hijo perfilan sus propias identidades.

Esta disquisición, puede trasladarse perfectamente al concepto de muerte. También en el morir hay una instancia histórica y dramática (como en el nacer) que es la muerte biológica, pero a ella le sigue un proceso de sucesivas instancias de "separación de" en el que vamos dejando de nombrar a los muertos, de recordarles, retiramos sus retratos y así los dejamos terminar de morir.

Circunstancias concretas de mi vida me han llevado a estar cerca de importantes acontecimientos jurídicos del país y he pedido constatar a lo largo de tantos años, un permanente, sostenido y afectivo recuerdo de Eduardo J. Couture. Diríamos que sus discípulos y amigos no lo dejan terminar de morir.

Es así que dedico este libro (ya que yo soy la recopiladora) "a quienes con su recuerdo le han mantenido vivo".

Al contarles a Uds. aquí presentes acerca de cómo surgió este libro debo ubicarme en las II Jornadas de Derecho Procesal realizadas en las Termas del Arapey, Departamento de Salto, Uruguay, 1983. En la Sesión Inaugural, todos los oradores, en el momento de buscar las palabras adecuadas para algún pensamiento propio, o para tomar una idea fuerza a desarrollar posteriormente (debemos recordar que eran años difíciles para los hombres del derecho) tendieron su mano hacia la biblioteca y eligieron alguna obra de Eduardo J. Couture.

Finalizada la sesión fueron varios de los presentes que me señalaron el hecho y apelaron a la satisfacción y orgullo que como hija debía sentir en esta oportunidad. Debe reconocer que así fue, pero también debo señalar que junto al orgullo, yo sentí una gran responsabilidad; porque sabía muy bien que mi padre había escrito mucho más (no se si mejor) pero sí muchas páginas más que por circunstancias diversas habían permanecido en cierta privacidad durante 30 años.

Fue a raíz de esta oportunidad que tomé la decisión de comenzar un acopio minucioso de todo lo escrito por mi padre y una sistematización y ordenación cronológica ya sea del material jurídico y el que no lo es, así como de lo publicado y lo inédito.

Creo oportuno recordar a los aquí presentes que él falleció en forma casi repentina cuando tenía 52 y estaba en una vertiginosa actividad docente, profesional y cultural.

Comenzó de este modo una experiencia muy importante para mí; en la intimidad de la biblioteca se inició el diálogo de una hijo y un padre de la misma edad.

Son esas situaciones en que la realidad sobrepasa en mucho a la fantasía, padre e hija como iguales.

Ordené cientos de páginas en que comprendí y compartí sus meditaciones, su permanente afán de vivir y contarse a sí mismo su propia vida, de escribir cartas cargadas de dolor (ocasionadas por problemas profesionales o conflictos institucionales que lo involucraban) y escribir por que esas cartas no llegarían a sus destinatarios, páginas con crónicas día a día de sus viajes, de sus cursos en el extranjero, etc.

Pero dije que comenzó un diálogo estre iguales porque todo lo escrito acompañaba mi propia vida y la de mis amigos. Sus meditaciones sobre la libertad expresaban nuestras esperanzas y dolores de la época que vivíamos, su visión sensible y profunda de los viajes reeditaba nuestras experiencias. Las cartas a la nación, nos muestra un uruguayo que amaba al Uruguay, a los uruguayos y a lo uruguayo, algo que nos transmitió directamente.

Ni que hablar de las "Meditaciones sobre la muerte", algo que a todos nos tocó vivir de cerca, con un concepto de muerte cargado de vida, que no por ser tan humano es menos sagrado.

También fue importante la opción por la docencia en la que yo también me encuentro comprometida.

En un primer momento, parecería fácil pensar que todo esto podía y merecía ser publicado; pero no fue así.

En este coloquio íntimo se me presentó un conflicto.

Por un lado, encontré un autor muy exigente de su obra, exquisito de la forma, de la palabra y el estilo. Corregía sus textos siete y ocho veces, hasta quedar cristalinamente de ideas. Sentí pudor de dar a luz páginas que no habrían sido dichas y/o escritas con ese destino, páginas que dan el rostro externo de un espíritu inquieto en permanente producción; sin una primera corrección; expresión directa de un sentimiento.

Este hecho detuvo su publicación durante años.

Pero por otro lado encontré un Eduardo J. Couture joven, creativo, comprometido con la comunicación humana, con la cultura de su época y su país y por eso mismo un Eduardo J. Couture que no quería terminar de morir en los estantes de su querida biblioteca de Bulevar España.

Fue así que superó mi pudor una exigencia espiritual muy intensa de dar a luz alguna de esas páginas.

Así surge este libro, para unir las manos de sus amigos que le recuerdan, con las de este hombre, que quiere seguir entre los suyos.

Permitaseme para finalizar, una reflexión personal.

Se ha señalado que Couture fue un clásico, discípulo de los pensadores griegos. Considero que no sólo es así, sino que me permito enfatizar que en el aspecto lógico-metodológico de sus pensamientos, es un discípulo de Sócrates. La forma de avanzar hacia la verdad mediante preguntas y respuestas reiteradas se aproxima al método de la mayéutica. Una y otra vez pregunta, en diferentes contextos, los pensamientos se cruzan y entrecruzan.

En mi apreciación personal de estas lecturas a lo largo de los años puedo señalar un cambio sustancial. Durante la adolescencia yo percibía un padre lleno de respuestas por ejemplo en la Parábola de la Boda, él era la grave y serena voz que habla

a los contrayentes, en Los límites de la libertad era la voz oculta que replica a la pregunta ¿para qué me sirve la libertad?

Pero sucede que en esta lectura madura de mis cincuenta años percibo por el contrario un hombre lleno de preguntas, desasosegado por la búsqueda de las esencias de las cosas.

Y aquí nuevamente se plantea una situación en que la realidad supera la fantasía. Hoy, sus discípulos, sus pares, sus amigos, se han convertido en los maestros de nuestra época, blancas sus cabelleras, marcados los rostros por los quehaceres de la vida. Y sin embargo Couture permanece joven en sus cincuenta años y les pregunta a ellos ¿qué es la libertad?, ¿cómo se forman los abogados?, ¿qué es la ley?, ¿qué es la política?

Este libro "El arte del derecho y otras meditaciones" no es un libro terminal, no es el libro de los últimos años de un maestro, por el contrario pretende ser un libro germinal; es un conjunto de meditaciones y de juicios aproximativos procedentes de épocas muy diferentes cuya unidad es muy frágil; pero por encima de todo es tan sólo una oportunidad para todos Uds. para que treinta y cinco años después de su ausencia física, sus amigos y los que quieran serlo continúen junto a Eduardo J. Couture meditando lo esencial de nuestras vidas.

A continuación, publicamos la reconstrucción de las palabras pronunciadas por el Dr. Gelsi Bidart:

I. — *Presentar el libro.*

1. — Es casi imposible presentar un libro. Para que esté presente —es decir, para que todo él se nos haga actual— se requeriría su integral lectura, su comunicación total, como en aquellos raros casos en que una persona, en lo que tiene de esencial y de individual, se comunica a otra, realizando el diálogo, no de palabras, ni de ideas, sino de las existencias.

2. — En este caso, es aún más difícil pues —como diremos— se trata de un libro de dos autores, uno que se nos fué hace 35 años y dejó su pensamiento sobre algunos temas fundamentales y otro que lo recogió con afecto y lucidez para unirlos y comunicarlos.

Un libro además, de diversidad temática y tan intrincadamente emparentado con la vida del escritor, que al propio tiempo que desarrolla el argumento va escribiendo fragmentos de su vida que lo explican y que relaciona con el impacto personal que le causan

3. — Para quien fue amigo del autor, este es un reencuentro: se lee y al propio tiempo se rememora lo que ya se había leído y oído en el pasado. Curiosamente, se aprehende un pensamiento realmente vivo, que conserva el vigor, la peculiaridad y el entronque con la persona que conocimos. Vivo por ello, para nosotros, vivo para quienquiera, como siempre ocurre con los clásicos, que parecen desprenderse —cada vez más, a medida que su tiempo se aleja— de todo lo circunstancial, para dejar en pie lo que vale siempre, por estar unido a la preocupación del hombre en el mundo.

Naturalmente que hay, en algunas pocas reiteraciones, recurrencias temáticas que antes aparecieron en libros como "La Comarca y el Mundo" o "Los Mandamientos del Abogado", muy en particular, o en ensayos anteriores. Una recurrencia que no es exactamente un 'ritoruello', pero sí un volver a encarar lo que antes se explicitó para hacerlo más claro o más profundo.

II. — *Libro de dos autores.*

4. — Se trata de un libro de dos autores porque, como dijimos, un libro se hace siguiendo un propósito, escribiendo y seleccionando páginas y ordenándolas, de tal modo que conserven unidad y traduzcan de la mejor manera posible el pensamiento y lo comuniquen a quienes abran sus páginas.

El pensamiento expresado y escrito es de Eduardo J. Couture, pero la selección —hay otras páginas que quedan inéditas— el título, el esfuerzo por correlacionar escrito y vida para incluirlas en una obra determinada, pertenecen a Inés Couture de Landoni, que también escribe páginas de introducción y otras explicativas.

5. — ¡Cuánta humildad, cuanto afecto, cuánta continuidad en la comunicación con el autor y con su público, ha requerido esta labor, tesonera e inteligente, puesta al servicio de una obra no solo de filial recordación, sino de esfuerzo cultural desinteresado!

III. — *Los temas.*

6. — Aunque la agrupación de los temas puede ser diversa, preferimos señalar ésta:

—El tema de la vida y de la muerte; de la libertad como el centro del hombre como tal; la muerte de los otros, en especial de lo que queremos, como el dolor fundamental de la vida; nuestra muerte sólo evocada, como lo seguro-incierto, que no preocupa al autor, que la lleva consigo, no en su espera, sino en su certeza.

—El tema del Uruguay, su gente y su geografía; del Uruguay en relación al mundo, retomando el hilo conductor "comarca y mundo".

—El tema del Derecho es especial como arte; el hacer del Derecho y algunos de sus principales hacedores.

IV. — *Libertad.*

7. — Tal vez en torno a la libertad se re-escriben, estamos tentados de decir —pues en tantas de sus obras científicas aparece como pasión y como búsqueda,— muchas de las páginas que más deben haber preocupado al escritor.

La libertad como elemento constitutivo del hombre, uno de los temas de Carlos Vaz Ferreira, maestro de su generación, que en diferentes enfoques reitera el autor.

Un elemento limitado por la convivencia social, por la orientación ética de la vida, por la propia menesterosidad del hombre, que por doquiera encuentra los obstáculos para su desenvolverse.

Exaltada, porque solo se es, si se es libre o porque al ser, se tiene la libertad, porque solo se puede 'ser', en libertad, pero tropezando siempre con una realización defectuosa, no solo por las dificultades que nos oponen 'los otros', sino por nuestra limitada capacidad o por la retracción que impone nuestra personal responsabilidad.

V. — *Muerte.*

8. — Para el autor lo que importa es el dolor de la muerte de los otros, especialmente de los familiares, los amigos, los niños...

No la propia muerte, que es un supuesto conocido de la vida, inexorable, como lo reconoce la transida (de sentimiento) y propia razón.

En el propio ser de cada uno, hay un vivir y un no-vivir suficiente, que continuamente se suceden: la muerte se paga con la vida, al decir de Séneca.

Hay una concepción de vida que se quema en el perpetuo hacer, que le hizo inscribir en la portada del "Proyecto de Código de Procedimiento Civil", la frase de Dante: el ardor del sacrificio que conocí ("l'ardor del sacrificio ch'io conobbi").

La muerte... ¿y después? Aquí se detiene el autor en el umbral del otro misterio que sucede al misterio de la vida: se sabe que se ha de morir ('moriture te salutant'), no se interroga sobre lo que vendrá, si la vida que recomienza o la nada que absorbe la vida que culmina.

VI. — *Uruguay.*

9. — Uruguay estuvo siempre en la preocupación de Couture que hizo una inolvidable descripción de su ser en la década del '50.

Aquí se aúnan la descripción geográfica, el enfoque del idioma, las personas que marcaron huellas profundas en el país (juristas, profesores, literatos, artistas) y también personas que desde otros países y otras culturas, contribuyeron a su formación cultural, en lo jurídico, en lo político, como Bestham o Carnelutti.

VII. — *Derecho.*

10. — Lo que da el nombre al libro es el Derecho, la preocupación fundamental de Eduardo J. Couture en el pensar, escribir, ejercer.

Hay un reflexionar sobre lo que es el Derecho en la Ley y en el actuar del Juez; el cómo se expresa; la razonabilidad de lo jurídico, tema tan trascendente y recurrente entonces —cuando surgieron estas páginas— y en las preocupaciones de hoy.

Se da una circunstancia especial en la relación entre vida y derecho, no tanto en la ciencia del Derecho, como en su realización. De ahí las meditaciones acerca del abogado, este atleta del Derecho, que pocas veces puede realizarlo, aunque sean tal vez las más importantes; que siempre procura, plantea, impulsa su realización por otros: el que consulta, el que gestiona, el que vive la vida jurídica, el que impone la realización (el Juez).

El abogado visto en sus miserias y sus grandezas, también en su posible mediocridad: un hombre en la vida jurídica, un orientador, un asistente. Un elemento indispensable para el funcionamiento del Derecho, para que el complejo Estado moderno sea, realmente, de Derecho.

VIII. — *¿El libro es el hombre?*

11. — A través del libro surge clara la visión del hombre. Del hombre escritor, preocupado hasta la obsesión, por la claridad en la comunicación, la precisión de los términos que encierran los conceptos, el sentido trascendente del pensamiento que en cada descripción, en cada recuerdo, apunta a un más allá que —en el fondo— es el propio ser de lo humano.

En lo que expresa aparecen sus ideales, que son los de la generación de la 'entre-guerra' de las dos hecatombes mundiales, seguidas por el afán por la libertad y la justicia social, por el Estado de Derecho y la democracia.

Hay un decir de sí, siempre signado por el pudor de su propia intimidad, en las notas auto-biográficas que han sido ubicadas junto al desarrollo temático, para manifestar la conexión de éste con el vivir cotidiano. Algunos trazos de su concepción de la vida, pero no íntegramente, sino más bien en su relación inter-personal y tal vez, más aún, inter-social.

Y la constante tensión hacia el mejoramiento de su vida y, en particular de la obra siempre emprendida, inacabable siempre, por el telón que tarde o temprano nos espera.

12. — A través del libro, el hombre, en especial por esa doble lectura del tema: y de los trazos auto-biográficos.

Un hombre que fue abogado en ejercicio permanente; educador y científico en Derecho; hombre de la cultura en perpetua elaboración del pensamiento profundo y hermoso — ciencia y arte del derecho.

No solo un 'homo juridicus', sino un hombre que vivió, trabajó, pensó, hizo, intensamente a lo largo de una vida quemada en el esfuerzo por los suyos; su familia, su círculo de amigos, de asistidos, de discípulos, de su propio país, del mundo todo. Procurando el hacer continuo de una obra en que supo conjugar ciencia y arte, siempre conectados, siempre trascendidos, según el destino de toda existencia humana integral.

DWORKIN, Ronald. — *El imperio de la justicia*, traducción española de Claudia Ferrari, Editorial GEDISA, Barcelona, 1988.

1. — Según el autor este libro trata "de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la seguridad política y legal como clave de la teoría y de la práctica".

El libro desarrolla la tesis que el autor ha sostenido en sus libros anteriores ("Taking Rights Seriously", Cambridge y Londres, 1977; "A Matter of Principle", Mass., 1985) que el razonamiento legal es un ejercicio de interpretación constructiva; que el derecho consiste en la mejor justificación de nuestras prácticas legales como un todo; es la historia narrativa que convierte a estas prácticas en lo mejor que puedan ser, al tomar en cuenta las diversas dimensiones, a menudo competitivas entre sí, de valor político, las diferentes hebras entrelazadas en el complejo juicio de la interpretación.

Excava sus cimientos —dice— en una política más general de integridad, comunidad y fraternidad.

2. — Los jueces no son los únicos, ni los más importantes, del drama legal —afirma—. Un estudio más completo de la práctica legal incluiría a los legisladores, policías, abogados, funcionarios, banqueros, empresarios, trabajadores, sindicalistas cuyas decisiones también afectan los derechos de sus conciudadanos. No obstante, el libro estudia el argumento judicial porque es más explícito y dicho razonamiento

tiene una influencia mayor sobre otras formas del discurso legal y lo hace desde el punto de vista interno el de los participantes, aunque el externo (del sociólogo o historiador) también es esencial y cada uno debe tomar en cuenta al otro.

3. — Los jueces que aceptan el ideal interpretativo de integridad del derecho deciden casos difíciles tratando de hallar, en un grupo de principios coherentes, la mejor interpretación constructiva de la estructura política y la doctrina legal de su comunidad, desde la perspectiva de su moralidad política, sus convicciones sobre equidad y justicia, basadas en la fraternidad.

4. — Los juicios suelen plantear tres tipos diferentes de cuestiones: de hecho —desacuerdo sobre los sucesos reales, históricos—, de derecho —desacuerdo empírico o teórico sobre los fundamentos del derecho—, cuestiones entrelazadas de moralidad y fidelidad políticas, desacuerdo sobre lo correcto o incorrecto desde el punto de vista moral.

Al estudio de estas cuestiones —a la luz de casos célebres del derecho inglés y norteamericano— dedica gran parte del libro, cuya lectura es sumamente difícil.

Una ley —dice— forma parte de un sistema intelectual mayor; debería construirse el derecho como un todo para que ese sistema mayor sea coherente. Es obvio que los intérpretes piensan dentro de una tradición interpretativa de la que no pueden escapar por completo y que la interpretación creativa de una práctica social significa descubrir los propósitos e intenciones de la comunidad que alberga esa práctica.

5. — Legislaturas, Cortes, Agencias, cuerpos administrativos —todas juntas— forman nuestro sistema legal.

6. — Insiste en que el objetivo más abstracto de la interpretación constructiva es hacer lo mejor de aquello que se interpreta.

7. — Una concepción del derecho es una interpretación general, abstracta, de la práctica legal en su totalidad.

Ofrece mostrar la práctica desde su mejor perspectiva y proporciona una justificación adecuada para el uso de la coacción estatal.

8. — En nuestro sistema legal —dice— se reconocen tres virtudes políticas: equidad, justicia y debido proceso. A lo que debe agregarse: la integridad, o sea que “los casos parecidos se traten en forma parecida”, de manera coherente, de modo que el gobierno actúe con una sola voz, en base a principios, que extienda a todos las normas de justicia y equidad que aplica a algunos.

9. — Critica el punto de vista del “hecho evidente” del derecho, aquel que sostiene que el derecho sólo depende de hechos históricos evidentes: que decidieron en el pasado nuestras prácticas legales.

También critica las “teorías semánticas del derecho”, —según las cuales los juristas siguen ciertos principios lingüísticos inconscientemente para juzgar las leyes—, pasando revista a la actitud positivista de Austin y Hart; al realismo jurídico, como a su oponente, el derecho natural.

Rechaza el escepticismo interpretativo, tanto interno como externo. Finalmente estudia tres concepciones del derecho: el convencionalismo, el pragmatismo legal y el derecho como integridad, sosteniendo que esta última “es la mejor interpretación de aquello que hacen y parte de lo que dicen abogados, profesores de derecho y jueces”.

Una sociedad política que acepta la integridad como una virtud —dice— se convierte en una comunidad especial que promueve su autoridad moral para asumir y desplegar el monopolio de la fuerza coercitiva, porque la protege de la parcialidad, el engaño o cualquier otra forma de corrupción oficial.

Integridad —afirma— no es solo coherencia, sino que las normas de una comunidad responden a un esquema coherente de justicia y equidad en la proporción correcta; como si fueran dictadas por una sola voz.

DANIEL HUGO MARTINS

CORREA FREITAS, Ruben. — *La reforma al régimen de compras del Estado*, F.C.U., Montevideo, 1991.

1. — El libro realiza un primer análisis sistemático de las innovaciones que introduce la Ley N° 16.170.

2. — El régimen de compras existente en la década del cuarenta, fue estudiado por Sayagués Laso, en su célebre monografía "La licitación pública".

El régimen establecido por el Decreto 104/68, fue objeto de análisis por los asesores del Tribunal de Cuentas, quienes publicaron un tomo, en 1976, titulado "La contratación administrativa y el control por el Tribunal de Cuentas".

El régimen establecido por la Ley 15.903 que, con algunas modificaciones reproduce el Decreto 104/68, fue analizado, a su vez, en el curso de post-grado de 1988 por los profesores del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo y publicado por la F.C.U. con el título "Contratación administrativa", en 1989.

Ambos trabajos constituyen un valioso elemento para la interpretación del régimen de compras vigente, por cuanto —en una técnica que aplaudimos— se elevan del mero análisis exegético, a los principios que regulan cada tema.

3. — En esta misma línea, se inscribe el análisis de Correa Freitas, que debe ser felicitado por haber logrado una obra doctrinaria y práctica a la vez, que logra el propósito de destacar y divulgar el nuevo régimen de compras con un estilo claro y de alto valor didáctico.

4. — La circunstancia de haberse aprobado recientemente el Tratado del Mercado Común del Sur es propicia para analizar como proceden nuestros socios, en especial, Argentina y Brasil.

5. — La nueva Constitución de la República Federativa del Brasil de 8-X-88 impone a la Administración actuar de acuerdo a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y, especialmente, a lo siguiente: "salvo los casos especificados en la legislación, las obras, servicios, compras y enagenaciones y serán contratadas mediante el proceso de licitación pública que asegure igualdad de condiciones a todos los concurrentes, con cláusulas que establezcan obligaciones de pago, mantenimiento de las condiciones efectivas de la propuesta, en los términos de la ley, y que solamente permitirá exigencias de calificación técnica o económica indispensables a la garantía del cumplimiento de las obligaciones".

6. — ¿Es también obligatoria por mandato constitucional la licitación pública en Uruguay y Argentina, o podría el legislador prescindir de ella?

La doctrina brasileña afirma: "la licitación es de principio, pero no rige en los casos en que la ley la declare inútil, imposible o inconveniente" y la doctrina rio-platense afirma: "a falta de texto expreso, la libre elección es de principio, pero ello no significa elección arbitraria; sólo es de aplicación en casos muy especiales y está sujeta al contralor financiero, técnico y ético".

7. — Personalmente considero que la obligatoriedad de la licitación, sin texto legal que lo establezca, no puede fundarse en el principio constitucional de igualdad, como lo sostiene Abreu Dallari, siguiendo a Celso Antonio Bandeira de Mello.

Celso Antonio afirma que el doble propósito de la licitación es obtener una situación ventajosa para la Administración y ofrecer iguales oportunidades de contratación a todos los eventuales proveedores o prestadores de servicio. No basta, por tanto —dice—, que la administración pueda demostrar que realizó operación, en tesis, ventajosa para el Estado. Importa que demuestre, además, haber ofrecido oportunidades iguales a todos los particulares, pues esa será la única manera de evidenciar el tratamiento isonómico a que éstos tienen derecho. ("O conteúdo do Regimine Jurídico Administrativo e seu valor metodológico", R.D.P. 2/44).

Abreu Dallari a su vez expresa categóricamente que el principio de isonomía, por sí solo e independientemente de cualquier norma, obliga a la Administración a valerse del procedimiento de licitación y al establecer esta obligatoriedad erige a la licitación en principio, pues mismo en la ausencia de normas específicas está la Administración obligada a utilizar procedimientos licitatorios.

8. — Me permito discrepar con tan ilustres profesores: El solo hecho de que la Administración ejerza sus facultades legales para celebrar contratos eligiendo directamente al co-contratante, cuando la licitación es jurídica y materialmente posible, no implica que proceda en forma discriminatoria, violando el principio de igualdad.

En primer lugar, porque todos los propietarios de bienes y servicios tienen las mismas posibilidades de ofrecerlos a la Administración, siendo "libre" la elección sólo en cuanto no se sigue un procedimiento formal preestablecido, pero su elección no puede ser arbitraria, ni realizada sin publicidad.

En segundo lugar, porque si la licitación estuviera impuesta por el principio constitucional de la igualdad ante la ley, todo dispensa establecida por el legislador por razones de conveniencia de la Administración (como la de realizar licitaciones a partir de determinado monto del contrato) serían inconstitucionales y creo que nadie pueda sostener extremos tan radicales.

En nuestra opinión consideramos que: si la mera conveniencia para la administración es suficiente para que el legislador pueda dispensar de la licitación, la obligatoriedad de ésta no puede estar fundada en el principio de igualdad, porque un principio constitucional no puede ceder ante razones de mera conveniencia práctica.

9. — No obstante lo afirmado, compartimos la preocupación de los publicistas brasileños de fundar las soluciones jurídicas en el campo de los principios, apartándose del positivismo francés, basado en la idea de la soberanía de la ley, totalmente superada en el Derecho Público contemporáneo.

Concordamos con Celso Antonio que en un régimen republicano-democrático, los intereses públicos no están entregados a la libre disposición de la voluntad del administrador, sino que ésta debe estar sujeta a la legalidad; al control administrativo; a la obligatoriedad del desempeño de la función pública; a la inalienabilidad de los derechos concernientes a intereses públicos y a la isonomía, o igualdad de los admi-

nistrados frente a la administración. Ello impide —como él dice— “desenvolver cualquier especie de favoritismo en provecho o detrimento de alguien”. Personalmente, agregaría a los límites señalados, la publicidad y la responsabilidad.

Pero aún así estos límites, a mi juicio, no son bastantes para fundar la obligatoriedad de la licitación.

10. — Considero que, cuando el procedimiento de la licitación es material y jurídicamente posible, y técnicamente conveniente, salvo texto de la ley que por razones de interés general lo dispense, debe seguirse ese procedimiento, basado en el principio de la buena administración y de la moralidad administrativa.

El propio Sayagués Laso a pesar de su inicial orientación positivista, reconoce que “el requisito de la licitación es una formalidad de interés público, exigida para asegurar la honestidad y moralidad administrativas. Su cumplimiento no puede abandonarse al libre arbitrio de los funcionarios encargados de cumplirla. Su omisión vicia totalmente el acto administrativo y aparece su nulidad, la cual puede ser declarada en cualquier momento por los propios órganos administrativos, invocada por terceros, y dar lugar a recursos contenciosos de anulación en los países donde se ha legislado sobre esta clase de acciones” (“La licitación pública”, Montevideo, 1940, pág. 60).

Ya Alcides Greca enseñaba que “debe recurrirse a la licitación en todo contrato de relativa importancia que celebren con particulares, aunque no exista disposición legal que lo establezca. Sólo podrá prescindirse de la licitación en los casos expresamente exceptuados por la ley ... Ante el silencio de la ley, la limitación debe ser la regla”. (“La licitación y el privilegio en los contratos administrativos”, Santa Fé, 1941, pág. 9).

En consecuencia, cuando la licitación pública es jurídica y materialmente posible y técnicamente conveniente, la administración está obligada, a mi juicio, aún a falta de ley que lo establezca, a recurrir a ese procedimiento, u otro de la misma índole, que asegure la objetividad, publicidad y concurrencia en la selección del contratante, en base al principio de buena administración y moralidad administrativa, que es también una regla que debe guiar la conducta de los agentes públicos en un Estado de derecho republicano-democrático.

Concordamos, entonces, con los autores brasileños que, aún a falta de ley, siendo jurídica y materialmente posible y técnicamente conveniente, la administración está obligada a llamar a licitación pública u otro procedimiento similar.

Es el mayor homenaje que puedo brindarle a mi maestro Enrique Sayagués Laso quien, un año antes de su muerte, logró que la ley reconociera que los “principios generales” son una regla de derecho, cuya violación conlleva la anulación del acto administrativo.

11. — El apartarnos en este punto de las enseñanzas del maestro Sayagués Laso cuyas soluciones jurídicas perduran, a pesar de haber transcurrido cincuenta años desde que escribió su monografía sobre la “Licitación pública”, nos obliga a fundar nuestra opinión.

A) *Es hoy un principio general de derecho al deber de los funcionarios públicos de actuar conforme a la regla de la buena administración.*

Como enseña el profesor italiano Guido Falzone, con su excelente monografía sobre el tema, el deber de buena administración mana directamente del concepto de función pública: la voluntad del investido de la función no llega a la plena libertad de querer, como árbitro, sino como poder discrecional, como libertad de actuar según lo exija el interés a tutelar, como voluntad contenida en los límites ceñido a un

fin, esto es que la voluntad, en su determinación, está sujeta a un elemento: el fin ("Il dovere di buona amministrazione", Milano, 1953, pág. 56).

El deber, ínsito en el cumplimiento de la función, no consiste en ejercerla de cualquier modo, sino de tal manera que se empleen los medios más oportunos, más idóneos y más congruentes con la finalidad de obtener la mejor satisfacción de los intereses confiados. En otras palabras, mediante "una buena administración". Al decir de Falzone, ésta se impone al sujeto agente como una necesidad jurídica de seguir determinado comportamiento.

B) La Constitución italiana de 1948 establece que "los órganos públicos son organizados según disposición de la ley, de modo que sea asegurado el buen andamiento y la imparcialidad de la administración" (art. 97). Por eso afirma Falzone, la necesidad de la buena administración, que anteriormente se afirmaba como un principio jurídico que no necesitaba una explícita enunciación en una norma jurídica positiva, ha encontrado su formal consagración en una norma de rango constitucional" (ob. cit., pág. 119).

C) También la Constitución uruguaya desde 1952 recoge este principio al prever que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo pueda anular el acto "en interés de la regla de derecho o de la buena administración".

12. — Para terminar, tanto la Constitución brasileña como la Constitución uruguaya imponen la obligatoriedad de la licitación, salvo en los casos que sea material o jurídicamente imposible o técnicamente inconveniente.

En la Argentina, la Constitución vigente de 1853-60 no se refiere al tema, pero la ley establece con carácter general la licitación pública como procedimiento para la selección del contratante, aunque admite la licitación privada y aun la contratación directa.

13. — Dromi define la contratación directa como "el procedimiento por el cual el Estado elige directamente el contratante sin concurrencia u oposición" —en lo que estamos de acuerdo— agregando enseguida "de la misma forma que entre los particulares" —en lo que no estamos de acuerdo en absoluto—.

Nunca un funcionario público puede actuar como un particular, siempre debe hacerlo de acuerdo con el principio de la buena administración.

Consideramos que la observancia del deber de una buena administración y la moralidad en la gestión pública obligan a los funcionarios a asegurar la concurrencia del mayor número de proponentes, en un plano de igualdad y a seleccionar la oferta más ventajosa, con la mayor objetividad y publicidad, de modo que la adjudicación sea no solo acertada sino moralmente inobjetable.

DANIEL HUGO MARTINS

Table with multiple columns containing faint, illegible text and numbers, possibly a ledger or record book.